

La protection de la vie privée et familiale et le service public

Exposé par Frédéric BOUHON
Chargé de cours à l'Université de Liège

dans le cadre du

*Séminaire régional pour les hauts cadres de l'administration
UniDem*

« Droits de l'homme et service public »

Rabat, Maroc, le 17 septembre 2015

Sommaire

Introduction

- I.** Principaux fondements juridiques de la protection de la vie privée et familiale
- II.** La protection de la vie privée et familiale des fonctionnaires
- III.** La protection de la vie privée et familiale des usagers du service public

Introduction

- La vie privée et familiale du fonctionnaire, comme celle de tout individu, doit être protégée, notamment pour favoriser son bien-être et son épanouissement personnel – optique individualiste.
- Le fonctionnaire est employé par l'autorité publique et incarne le service public ; cela nécessite un double lien de confiance :
 - le fonctionnaire doit obtenir et conserver la confiance de l'autorité publique qui l'engage, afin que celle-ci soit assurée que la mission de service public est réalisée adéquatement et sans péril.
 - le fonctionnaire, en tant qu'il représente l'autorité publique, doit bénéficier d'une certaine confiance des citoyens, afin de maintenir le crédit du service public et la confiance dans les institutions.
- Pour garantir ces liens de confiance, il est légitime que les États imposent aux fonctionnaires un certain devoir de réserve et exigent de leur part un comportement digne de la fonction publique, même lorsqu'ils ne sont pas en train d'exercer leur fonction et qu'ils se trouvent dans le cadre de leur vie privée.
- Ces exigences peuvent éventuellement être détaillées dans un code de déontologie.
- Par ailleurs, pour s'assurer que ces exigences sont effectivement respectées (et, dans le cas contraire, pour sanctionner les violations), l'autorité peut éventuellement rechercher et collecter des informations personnelles à propos des fonctionnaires qu'elle s'apprête à engager ou qu'elle a engagé.
- Tout cela est susceptible d'impliquer des ingérences plus ou moins lourdes dans la vie privée et familiale des fonctionnaires.
- Le plus souvent, ces contraintes sont imposées par des règles statutaires qui s'imposent au fonctionnaire et qu'il n'a pas pu négocier, contrairement à un employé du secteur privé.
- Les questions soulevées par ces ingérences seront examinées dans le premier volet de l'exposé (*infra*, point II).
- D'un autre côté, les fonctionnaires, en exerçant le pouvoir étatique, sont eux-mêmes susceptibles de commettre des ingérences dans la vie privée des usagers des services publics.
- Il s'agit d'une très vaste question qui englobe en réalité une grande part de la matière de la protection de la vie privée et familiale ; nous aborderons quelques questions choisies, dans le second volet de l'exposé (*infra*, point III).
- Avant cela, il paraît utile de rappeler les fondements juridiques des droits fondamentaux dont il est ici question (*infra*, point I).

I. Principaux fondements juridiques de la protection de la vie privée et familiale

- Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme :

Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

- Article 17 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques :

1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.
2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

- Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

- Le champ couvert par l'article 8 C.E.D.H. est très vaste. La disposition est articulée autour de quatre concepts principaux (la vie privée, la vie familiale, le domicile et la correspondance) qui permettent de protéger de nombreux aspects, non seulement de la sphère intime, mais aussi de la vie sociale ou professionnelle des individus.

Cour eur. dr. h., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29 :

« La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de "vie privée". Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables.

Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait, souligné par la Commission, le confirme: dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort. Spécialement, les tâches d'un membre d'une profession libérale peuvent constituer un élément de sa vie à un si haut degré que l'on ne saurait dire en quelle qualité il agit à un moment donné ».

- L'article 8 protège en outre un droit à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur.

Cour eur. dr. h., *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, § 66.

- De manière générale, la Cour européenne des droits de l'homme retient une définition large de la notion de vie privée.

Cour eur. dr. h., *Wisse c. France*, 20 décembre 2005, § 24 :

« La Cour a rappelé maintes fois que la vie privée est une notion large qui ne se prête pas à une définition exhaustive. Des facteurs tels que l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des éléments importants de la sphère personnelle protégée par l'article 8. Cette disposition protège également le droit à l'identité et au développement personnel, ainsi que le droit pour tout individu de nouer et développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. Il peut s'étendre à des activités professionnelles ou commerciales. Il existe donc une zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la 'vie privée' ».

II. La protection de la vie privée et familiale des fonctionnaires

- Dans cette partie, nous envisageons la situation des fonctionnaires en tant qu'individus susceptibles de *subir* des ingérences dans leur vie privée et familiale, en raison de leur qualité particulière de personnes employées par l'autorité publique.

A. L'applicabilité de la protection aux fonctionnaires

- L'arrêt *Niemietz* montre que la notion de vie privée comprend dans une certaine mesure le cadre professionnel et n'exclut pas, à cet égard, la vie professionnelle des fonctionnaires.
- D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme considère que la protection de la Convention s'étend en règle générale aux fonctionnaires.

Cour eur. dr. h., *Kosiek c. Allemagne*, 28 août 1986, § 35 :

« Si (...) les États contractants n'ont pas voulu s'engager à reconnaître dans la Convention ou ses Protocoles un droit d'accès à la fonction publique, il n'en ressort pas pour autant qu'à d'autres égards les fonctionnaires sortent du champ d'application de la Convention (...). En ses articles 1 et 14 (art. 1, art. 14), celle-ci précise que "toute personne relevant de (la) juridiction" des États contractants doit jouir, "sans distinction aucune", des droits et libertés énumérés au Titre I (...). L'article 11 par. 2 (art. 11-2) in fine, qui permet aux États d'apporter des restrictions spéciales à l'exercice des libertés de réunion et d'association des "membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État", confirme au demeurant qu'en règle générale les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires (...) ».

Voy. aussi Cour. eur. dr. h., *Glaserapp c. Allemagne*, 28 août 1986.

- Cette règle s'applique notamment à l'article 8 C.E.D.H., qui protège donc la vie privée et familiale des fonctionnaires.

Cour. eur. dr. h., *Leander c. Suède*, 26 mars 1987

Cour eur. dr. h., *Bester c. Allemagne*, 22 novembre 2001 :

« La Cour rappelle qu'en règle générale les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires (...). Il s'ensuit que le statut de fonctionnaire – ou en tout cas celui de membre de la fonction publique - du requérant ne le privait pas de la protection de l'article 8 ».

Cour. eur. dr. h., *Özpınar c. Turquie*, 19 octobre 2010, § 69 :

« Le statut de magistrat ne prive pas la requérante de la protection de l'article 8 de la Convention ».

En ce qui concerne les militaires, voy. not. Cour eur. dr. h., *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999, § 82.

B. Les restrictions à la protection

- Il n'existe pas, dans l'article 8 C.E.D.H., de clause spéciale qui permettrait à l'autorité publique d'établir des « restrictions légitimes » à la protection de la vie privée et familiale des fonctionnaires ou de certaines catégories d'entre eux (ceci à la différence de ce qui existe dans l'article 11).
 - L'examen des ingérences à la vie privée et familiale des fonctionnaires doit donc être opéré dans le cadre du droit commun : ces ingérences sont admissibles si elles sont prévues par la loi, cherchent à atteindre un des objectifs énumérés par l'article 8, § 2, et sont proportionnées au but visé.
 - Les objectifs légitimes reconnus par l'article 8, § 2, sont : la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui.
 - Lorsqu'elle effectue un contrôle concret, la Cour européenne des droits de l'homme peut notamment prendre en considération la qualité de fonctionnaire des personnes concernées par la mesure litigieuse – et, le cas échéant, conclure autrement que si elle concernait un employé privé ou tout autre citoyen.
1. Les ingérences dans la vie privée et familiale lors de l'accès à la fonction publique
- L'accès à la fonction publique n'est pas un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme

Cour eur. dr. h., *Kosiek c. Allemagne*, 28 août 1986, § 34 :

« La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, du 10 décembre 1948, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966, reconnaissent respectivement à "toute personne le droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays" (article 21 par. 2) et à "tout citoyen (...) le droit et la possibilité (...) d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays" (article 25). Au contraire, pareil droit ne figure ni dans la Convention européenne ni dans aucun de ses Protocoles additionnels. De plus, c'est à dessein que les États signataires ne l'y ont pas inclus; le Gouvernement le souligne avec raison et les travaux préparatoires du Protocole no 4 et du Protocole no 7 le révèlent sans équivoque. En particulier, dans ses versions initiales ce dernier

comprenait une clause semblable aux articles 21 par. 2 de la Déclaration et 25 du Pacte; elle a disparu par la suite. Il ne s'agit donc point d'une lacune fortuite des instruments européens; aux termes du Préambule de la Convention, ils tendent à assurer la garantie collective de "certains" des droits énoncés dans la Déclaration Universelle ».

Voy. aussi Cour. eur. dr. h., *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 59.

- Il en découle que l'autorité peut établir des critères de sélection et exercer un pouvoir discrétionnaire pour choisir les titulaires des charges publiques.
- Dans le cadre de la procédure de sélection des candidats pour un emploi dans la fonction publique, l'autorité peut alors se renseigner sur certains aspects de la vie privée du candidat, afin de vérifier si ce dernier est apte à exercer la fonction à laquelle il postule.
- Ainsi, différents éléments liés à la vie privée sont susceptibles d'être pris en considération par l'autorité.

a. Le passé politique ou idéologique

- La Cour européenne a admis, dans certains cas, que l'autorité se base sur des renseignements relatifs à l'activité politique (entendue ici dans un sens très large) d'un candidat à la fonction publique pour lui refuser l'accès à un poste.
- De manière générale, la Cour européenne des droits de l'homme juge que l'utilisation d'informations concernant le passé politique et/ou privé d'une personne peut être considérée comme une ingérence dans la vie privée.

Cour. eur. dr. h., *Amann c. Suisse*, 16 février 2000, § 65 ;

Cour eur. dr. h., *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, § 46.

- Quant à savoir si ces ingérences sont admissibles, la jurisprudence de la Cour est nuancée : l'ensemble du contexte propre à chaque affaire doit être pris en considération.

Cour eur. dr. h., *Leander c. Suède*, 23 mars 1987 :

À propos d'un poste qui implique un accès à des zones militaires, l'administration peut se fonder sur des informations secrètes détenues par la police afin de refuser la candidature d'une personne qui était membre d'un syndicat et du parti communiste. Il n'y a pas de violation de l'article 8, car la volonté de préserver la sécurité nationale permet une ingérence dans la vie privée du candidat au poste.

Cour eur. dr. h., *Bester c. Allemagne*, 22 novembre 2001 :

Irrecevabilité d'une requête introduite par un ancien fonctionnaire de la R.D.A. qui avait été intégré dans la fonction publique de la R.F.A. après la réunification allemande, mais révoqué lors de la découverte de sa collaboration passée avec le ministère de la sécurité de l'État de la R.D.A. Toutefois, en l'espèce, la décision de l'autorité allemande de révoquer le fonctionnaire était motivée par le fait que l'intéressé avait nié les faits de collaboration, plutôt que par la commission de ces faits eux-mêmes.

« Quant à la question de la finalité, la Cour estime que la mesure litigieuse poursuivait un but d'intérêt général : il paraissait en effet légitime pour la RFA de procéder à la vérification a posteriori du comportement de personnes qui, après la réunification, étaient intégrées dans sa

fonction publique, et dont les membres sont les garants de la Constitution et de la démocratie. Il paraissait également légitime pour la RFA d'en exclure, après examen de chaque cas individuel, ceux d'entre eux qui ne satisfaisaient pas à ces critères, notamment en raison de leur collaboration avec le ministère de la sécurité de l'État de la RDA, et surtout en raison du fait qu'ils avaient menti à leur nouvel employeur à ce sujet ».

(...)

« La Cour considère dès lors que la sanction prise à l'encontre du requérant, quoique lourde, doit se mesurer à l'intérêt général de la société allemande, eu égard au contexte historique exceptionnel dans lequel son intégration dans la fonction publique de la RFA eut lieu et aux conditions énoncées dans le traité sur l'unité allemande que le requérant devait connaître.

Compte tenu de tous ces éléments et notamment des circonstances exceptionnelles liées à la réunification allemande, la Cour estime que l'ingérence litigieuse, eu égard à la marge d'appréciation dont dispose l'État en la matière, n'était pas disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi ».

Cour eur. dr. h., *Turek c. Slovaquie*, 14 février 2006 :

L'article 8 C.E.D.H. est violé parce que l'intéressé a été l'objet d'une procédure de lustration, au cours de laquelle il n'a pas bénéficié d'une protection effective de sa vie privée. La Cour estime notamment que le fait de faire reposer la charge de la preuve sur l'intéressé, alors qu'à l'époque où les informations litigieuses ont été collectées (par l'ancien régime communiste), la procédure était entièrement secrète, fait reposer sur lui une charge excessive.

Cour eur. dr. h., *Naidin c. Roumanie*, 21 octobre 2014 :

Ne viole pas l'article 8 C.E.D.H. (combiné avec l'article 14) l'interdiction opposée par l'administration roumaine à un ancien informateur de la police politique du parti communiste de réintégrer la fonction publique dans le nouvel État. La Cour a en effet considéré que les États ont un intérêt légitime à réguler les conditions d'accès au service public et en particulier les garanties qu'offrent les futurs candidats concernant le respect des principes démocratiques inhérents à l'État de droit. Il est satisfait à la condition de proportionnalité, dans la mesure où l'État roumain n'interdisait pas à l'intéressé de trouver un emploi dans le secteur privé, en ce compris dans des entreprises investies d'intérêts stratégiques pour l'État roumain.

- Le fait d'interdire à une personne, en raison de ses activités politiques antérieures (en l'espèce, il s'agissait d'un ancien membre du KGB) l'accès non seulement au *service public*, mais aussi à *différents domaines du secteur privé* a été considéré comme une violation de l'article 8 C.E.D.H. combiné à l'article 14. Même si les objectifs poursuivis (la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-être économique du pays et des droits et libertés d'autrui) ont pu être considérés comme légitimes, la mesure est disproportionnée.

Cour eur. dr. h., *Sidabras et Dziutas c. Lituanie*, 27 juillet 2004, §§ 57 et 58 :

« Même à supposer que leur absence de loyauté ait été incontestable, il faut noter que les perspectives d'embauche des requérants ont été limitées non seulement dans la fonction publique mais aussi dans diverses branches du secteur privé. La Cour réaffirme que l'exigence de loyauté envers l'État est une condition inhérente à l'emploi au service des autorités publiques, chargées de la sauvegarde de l'intérêt général. En revanche, pareille exigence ne s'attache pas inévitablement à l'emploi dans le secteur privé. Même si leurs activités économiques ont sans nul doute un effet sur le fonctionnement de l'État et y contribuent, les acteurs du secteur privé ne détiennent aucune parcelle de la souveraineté de l'État. De plus, les sociétés privées peuvent légitimement se livrer à des activités, notamment financières et économiques, qui entrent en concurrence avec les objectifs fixés pour les services publics ou les entreprises étatisées.

De l'avis de la Cour, les restrictions imposées par l'État aux perspectives d'emploi d'une personne dans une société du secteur privé pour manque de loyauté envers l'État ne peuvent se justifier, sous l'angle de la Convention, de la même manière que les restrictions à l'accès à la fonction publique, quelle que soit l'importance de la société privée pour les intérêts de l'État en matière économique, politique ou de sécurité ».

Voy. aussi Cour eur. dr. h., *Rainys et Gasparavičius c. Lituanie*, 7 avril 2005.

- Dans ce domaine, la Cour européenne des droits de l'homme établit donc une distinction nette entre le secteur public et le secteur privé.

b. Autres conditions

- D'autres conditions imposées par l'autorité à ceux qui souhaitent accéder à la fonction publique sont susceptibles d'entrer en conflit avec le respect à la vie privée et familiale :
 - le fait d'exiger que le fonctionnaire établisse son lieu de résidence à proximité de son lieu de travail.
 - le fait de refuser au fonctionnaire la possibilité d'exercer simultanément une autre profession ou des mandats publics.
 - *etc.*

2. Les ingérences dans la vie privée et familiale au cours de l'exercice de la fonction publique

- Des faits qui relèvent de la vie privée du fonctionnaire peuvent avoir une incidence négative sur son activité professionnelle ou sur le fonctionnement du service dans lequel il travaille et dès lors justifier une sanction disciplinaire.

Comm. eur. dr. h., *J.G. c. Belgique*, 13 mars 1989 :

« En entrant dans la fonction publique (et plus particulièrement au service du ministère des Affaires étrangères), le requérant a accepté certaines restrictions à l'exercice de son droit au respect de sa vie privée, restrictions inhérentes à ses fonctions de représentation de la Belgique à l'extérieur ».

- Si l'autorité peut prendre en considération des éléments liés à la vie privée des fonctionnaires pour infliger des sanctions disciplinaires, elle ne peut le faire que dans le cadre d'une procédure qui offre des garanties contre l'arbitraire.

Cour. eur. dr. h., *Özpınar c. Turquie*, 19 octobre 2010, § 78 :

« La Cour est d'avis que tout magistrat qui fait l'objet d'une mesure de révocation basée sur des motifs ayant trait aux manifestations de sa vie privée et familiale doit avoir des garanties contre l'arbitraire. Il doit notamment avoir la possibilité de faire contrôler la mesure litigieuse par un organe indépendant et impartial, habilité à se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes, pour statuer sur la légalité de la mesure et sanctionner un éventuel abus des autorités. Devant cet organe de contrôle, la personne concernée doit bénéficier d'une procédure contradictoire afin de pouvoir présenter son point de vue et réfuter les arguments des autorités ».

- Les investigations menées par l'autorité doivent par ailleurs être adéquates et proportionnées par rapport à leur fin.

Le fait de poursuivre une enquête à propos des pratiques homosexuelles de militaires, en posant notamment des questions très intimes, alors que ceux-ci ont précédemment reconnu qu'ils étaient homosexuels constitue une violation de l'article 8 C.E.D.H.

Voy. Cour eur. dr. h., *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999.

- La Cour européenne des droits de l'homme opère une distinction selon que les agissements relèvent de l'exercice de la fonction ou de la vie privée.

Cour. eur. dr. h., *Özpınar c. Turquie*, 19 octobre 2010, §§ 71-72 :

« Dans la mesure où la procédure portait sur les agissements de la requérante qui relèvent de l'exercice de ses fonctions, celle-ci ne saurait être regardée, malgré les désagréments qu'elle a pu causer, comme une ingérence dans le droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention. A cet égard, la Cour rappelle avoir déjà considéré comme légitime de soumettre les membres de la fonction publique ou les magistrats, en raison de leur statut, à une obligation de réserve au regard de l'article 10 de la Convention (...) ou de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses, au regard de l'article 9 (...). Ces principes s'appliquent *mutatis mutandis* à l'article 8 de la Convention. A cet égard, la Cour observe que les devoirs déontologiques d'un magistrat peuvent empiéter sur sa vie privée, lorsque par son comportement – fût-il privé –, le magistrat porte atteinte à l'image ou à la réputation de l'institution judiciaire.

La Cour souligne toutefois que les personnes relevant de tels statuts n'en demeurent pas moins des individus qui, à ce titre, bénéficient de la protection de l'article 8 de la Convention. Par conséquent, pour autant que la procédure en question concernait les agissements de la requérante dans sa vie privée, un problème au regard de la disposition précitée peut se poser. (...) »

Il revient donc à la Cour, en tenant compte des circonstances de chaque affaire, de rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l'individu au respect de sa vie privée et l'intérêt légitime d'un État démocratique à veiller à ce que sa fonction publique œuvre aux fins énoncées à l'article 8 § 2 ».

a. Le déroulement d'une procédure pénale

- L'article 8 C.E.D.H. n'est pas nécessairement violé par une mesure de suspension de l'exercice d'une fonction publique pendant le déroulement d'une procédure pénale, le cas échéant pendant plusieurs années.

Cour eur. dr. h., *D.M.T. et D.K.I. c. Bulgarie*, 24 juillet 2012, § 111.

- L'article 8 C.E.D.H. peut en revanche être violé en raison des effets que la suspension produit, telle que l'impossibilité pour l'intéressé de rechercher un autre emploi, y compris dans le secteur privé, pendant plusieurs années.

Cour eur. dr. h., *D.M.T. et D.K.I. c. Bulgarie*, 24 juillet 2012, §§ 111-115.

b. La tenue vestimentaire

- L'obligation de retenue, qui est généralement imposée aux fonctionnaires, peut notamment avoir des implications sur leur tenue vestimentaire (interdiction de tenues vestimentaires extravagantes ou débridées).

Dans l'affaire *Özpınar c. Turquie* (19 octobre 2010), la Cour était amenée à examiner la situation d'une femme magistrat révoquée pour différents motifs, parmi lesquels figuraient des éléments liés à sa tenue vestimentaire (maquillage excessif, jupe courte, etc.). La Cour n'a toutefois pas examiné la légalité de la mesure sur le fond, car elle a considéré que la procédure n'avait pas offert des garanties suffisantes contre l'arbitraire et a jugé, pour cette raison, que la mesure était disproportionnée par rapport à l'objectif légitime poursuivi (qui consistait, à travers l'obligation de retenue imposée aux magistrats, à favoriser 'la défense de l'ordre' et 'la protection des droits et libertés d'autrui').

c. L'orientation sexuelle

- La révocation de fonctionnaires au motif qu'ils sont homosexuels constitue une violation de l'article 8 C.E.D.H. ; cela vaut notamment pour les membres de l'armée.

Cour eur. dr. h., *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999 :

§ 82 : « lorsque les restrictions dont il s'agit concernent 'un aspect des plus intimes de la vie privée', il doit exister 'des raisons particulièrement graves' pour que ces ingérences répondent aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention (...).

Lorsque le but de sécurité nationale poursuivi est substantiellement l'efficacité opérationnelle de l'armée, il est admis que chaque État a compétence pour organiser son système de discipline militaire et jouit en la matière d'une certaine marge d'appréciation (...). La Cour estime également que l'État peut imposer des restrictions au droit d'un individu au respect de sa vie privée là où existe une menace réelle pour l'efficacité opérationnelle des forces armées, le bon fonctionnement d'une armée ne se concevant guère sans des règles juridiques destinées à empêcher le personnel militaire de lui porter préjudice. Les autorités nationales ne peuvent toutefois pas s'appuyer sur de telles règles pour faire obstacle à l'exercice par les membres des forces armées de leur droit au respect de leur vie privée, lequel s'applique aux militaires comme aux autres personnes se trouvant sous la juridiction de l'État. En outre, les affirmations quant à l'existence d'un risque pour l'efficacité opérationnelle doivent être 'étayées par des exemples concrets' ».

En l'espèce, la Cour a conclu que « ni les investigations menées sur les préférences sexuelles des requérants ni la révocation de ceux-ci en raison de leur homosexualité conformément à la politique du ministère de la Défense ne se justifiaient au regard de l'article 8 § 2 de la Convention » (§ 104).

Voy. aussi Cour eur. dr. h., *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999 :

Cour eur. dr. h., *Perkins et R. c. Royaume-Uni*, 22 octobre 2002 :

Cour eur. dr. h., *Beck, Copp et Bazeley c. Royaume-Uni*, 22 octobre 2002.

d. L'état de santé

- L'état de santé de l'employé relève également de la vie privée et ne peut pas être exploité à toute fin par l'administration.

Cour eur. dr. h., *I.B. c. Grèce*, 3 octobre 2013

Dans une affaire qui concerne certes le secteur privé, mais dont l'enseignement peut sûrement être étendu au secteur public, la Cour a examiné le cas d'un licenciement motivé par la séropositivité de l'intéressé et par les pressions exercées par ses collègues pour obtenir le licenciement. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la Cour de cassation grecque n'avait pas suffisamment protégé les droits du requérant en fondant sa décision, pour justifier les craintes des salariés, sur une prémisse manifestement inexacte, à savoir le caractère « contagieux » de la maladie de l'intéressé. Ce faisant, la Cour de cassation a attribué au bon

fonctionnement de l'entreprise le sens que souhaitaient lui attribuer les salariés, en l'assimilant à tort à la perception subjective de ceux-ci. La Cour de Strasbourg a estimé en conclusion que la Cour de cassation n'avait pas suffisamment montré en quoi les intérêts de l'employeur l'emportaient sur ceux de l'intéressé et qu'elle n'avait pas mis en balance les droits des deux parties d'une manière conforme à la Convention (...). Il y avait donc violation du droit à la vie privée ainsi que du principe de non-discrimination (article 8 C.E.D.H., combiné à l'article 14).

e. La question de l'interception de la correspondance ou de la mise sur écoute des fonctionnaires

- Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels, tout comme ceux provenant du domicile, peuvent se trouver compris dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » visées à l'article 8, § 1^{er}, C.E.D.H.

Cour eur. dr. h., *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, § 44.

- Cependant, « la Cour n'exclut pas que la surveillance de l'usage que fait un employé du téléphone, du courrier électronique ou de l'Internet sur le lieu de travail puisse passer pour 'nécessaire, dans une société démocratique' dans certains cas dès lors qu'un but légitime est poursuivi ».

Cour eur. dr. h., *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007, § 48.

- L'interception de la correspondance ou la mise sur écoute des fonctionnaires constituent une ingérence dans les droits consacrés par l'article 8, § 1^{er}, C.E.D.H., laquelle ne peut être admise que si elle est prévue par la loi et nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre un des objectifs énumérés par l'article 8, § 2, C.E.D.H.

Cour eur. dr. h., *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007 :

Viole l'article 8 C.E.D.H. le fait de mettre sous surveillance les communications téléphoniques, la messagerie électronique et les connexions Internet professionnelles d'une personne employée par une institution d'enseignement supérieur gérée par l'État, et de collecter les informations obtenues par ces procédés, dès lors que cette ingérence n'était prévue par aucune règle de droit positif accessible et prévisible.

Voy. aussi Cour eur. dr. h., *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, §§ 49 à 51.

- Pour le reste, on peut ici se référer, *mutatis mutandis*, aux principes applicables dans des cas similaires aux usagers des services publics (voy. *infra*, point III. C).

III. La protection de la vie privée et familiale des usagers du service public

A. Généralités

- Historiquement, ce sont le domicile et la correspondance des citoyens qui ont d'abord bénéficié de protections juridiques contre les ingérences abusives des autorités publiques. Aujourd'hui, ces notions demeurent importantes juridiquement, mais sont englobées dans un concept plus large qui permet de protéger la vie privée et familiale des individus (voy. not. l'art. 8, § 1^{er}, C.E.D.H.).

- L'État, dans toutes ses composantes, a l'obligation de respecter la vie privée des citoyens. Néanmoins, certains motifs peuvent justifier des ingérences dans la vie privée et familiale, dans le domicile et dans la correspondance des administrés (voy. not. l'art. 8, § 2, C.E.D.H.).
- La protection de la vie privée de l'administré, dans son rapport avec l'administration, est un domaine extrêmement vaste qui peut recouvrir de nombreuses sphères de l'action publique (défense, police, administration pénitentiaire, fisc, sécurité sociale, etc.). En effet, dans la mesure où la fonction publique est essentiellement axée sur le service aux citoyens, les rapports entre ces derniers et l'administration sont très fréquents.

B. Les ingérences de l'administration dans la vie privée des usagers

- On aborde ici les questions qui concernent la vie privée des usagers, à l'exclusion des mesures qui visent plus spécifiquement la correspondance et le domicile (traitées *infra* aux points C et D).
1. La collecte par l'autorité de données à caractère personnel sans le consentement de l'administré.
- Constituent par exemple des ingérences de ce type :
 - un recensement officiel qui contient des questions obligatoires sur le sexe, le statut matrimonial, le lieu de naissance ou d'autres éléments à caractère personnel.
Cour eur. dr. h., X c. Royaume-Uni, 6 octobre 1982.
 - la prise d'empreintes digitales et de photos d'identité ou la collecte et la conservation d'autres éléments personnels par la police.
Cour eur. dr. h., McVeigh, O'Neill et Evans c. Royaume-Uni, 18 mars 1981
Cour eur. dr. h., Laender c. Suède, 26 mars 1987.
Cour eur. dr. h., Murray c. Royaume-Uni, 28 octobre 1994.
 - l'obligation faite à un contribuable par l'administration fiscale de justifier ses dépenses privées.
Cour eur. dr. h., X c. Belgique, 7 décembre 1982
 - l'inscription, dans un fichier de la police, de la mention selon laquelle une personne exerce la prostitution sans qu'aucune décision judiciaire n'ait confirmé cette affirmation.
Cour eur. dr. h., Khelili c. Suisse, 18 octobre 2011.
 - Il convient toujours de rechercher si l'ingérence est prévue par la loi et nécessaire dans une société démocratique.

Cour eur. dr. h., *Shimovolos c. Russie*, 21 juin 2011 :

À propos de la base légale : viole l'article 8 C.E.D.H. l'enregistrement dans une base de données d'informations sur les déplacements d'un individu par train et par avion, dans la mesure où la création et la mise à jour de la base de données ainsi que ses modalités de fonctionnement étaient régies par un arrêté ministériel qui n'a jamais été publié ni rendu accessible au public d'une autre manière.

- La collecte d'informations par la police dans le but de prévenir ou de poursuivre des infractions *peut* constituer une atteinte légitime et proportionnée au droit à la vie privée d'un individu.
- Le contexte dans lequel cette collecte d'informations a lieu est déterminant.

Cour eur. dr. h., *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, § 67 :

« Le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 (...). Peu importe que les informations mémorisées soient ou non utilisées par la suite (...). Toutefois, pour déterminer si les informations à caractère personnel conservées par les autorités font entrer en jeu l'un des aspects de la vie privée précités, la Cour tiendra dûment compte du contexte particulier dans lequel ces informations ont été recueillies et conservées, de la nature des données consignées, de la manière dont elles sont utilisées et traitées et des résultats qui peuvent en être tirés ».

- Le fait que les informations personnelles aient un caractère public constitue un élément qui tend à permettre leur utilisation par les services de police.

Cour. eur. dr. h., *Friedl c. Autriche*, 19 mai 1994, § 49 :

« In the present case, the Commission has noted the following elements: first, there was no intrusion into the "inner circle" of the applicant's private life in the sense that the authorities entered his home and took the photographs there; secondly, the photographs related to a public incident, namely a manifestation of several persons in a public place, in which the applicant was voluntarily taking part; and thirdly, they were solely taken for the purposes (...) of recording the character of the manifestation and the actual situation at the place in question, e.g. the sanitary conditions, and (...) of recording the conduct of the participants in the manifestation in view of ensuing investigation proceedings for offences against the Road Traffic Regulations ».

- Cependant, « des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics. Cela vaut davantage encore lorsque ces données concernent le passé lointain d'une personne ».

Cour eur. dr. h., *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, § 43.

Voy aussi Cour eur. dr. h., *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, 24 mai 2011, § 168.

- La gravité des actes susceptibles d'être poursuivis entre également en considération. La volonté de lutter contre le terrorisme ou la criminalité organisée peut justifier des collectes de données qui ne seraient pas admissibles s'il s'agissait de prévenir des infractions mineures.

Cour eur. dr. h., *McVeigh, O'Neill et Evans c. Royaume-Uni*, 18 mars 1981, §§ 230-231.

Cour eur. dr. h., *Murray c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1994, § 91 :

« Le présent arrêt s'est déjà référé à la responsabilité d'un gouvernement élu, dans une société démocratique, en matière de protection du citoyen et de ses institutions contre les menaces posées par le terrorisme organisé, ainsi qu'aux problèmes spéciaux associés à l'arrestation et à la détention de personnes soupçonnées d'infractions liées au terrorisme (...). Ces deux éléments influent sur le juste équilibre qu'il y a lieu de ménager entre l'exercice par l'individu du droit que lui garantit le paragraphe 1 de l'article 8 et la nécessité pour l'État, au regard du paragraphe 2, de prendre des mesures efficaces pour prévenir la criminalité terroriste (...) ».

- La destination des données est aussi un élément à prendre en compte. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme tend à être plus sévère lorsque les données sont intégrées dans un système de traitement informatisé.

Cour. eur. dr. h., *Friedl c. Autriche*, 19 mai 1994, § 6

- Une durée excessive de conservation des données est aussi susceptible d'entraîner la violation de l'article 8 C.E.D.H.

Cour eur. dr. h., *Brunet c. France*, 18 septembre 2014 :

Viole l'article 8 C.E.D.H. la conservation pendant vingt ans de données personnelles en lien avec un dossier pénal, alors que l'intéressé n'a pas été condamné pénalement et que la procédure pénale avait abouti à un classement sans suite après le succès d'une médiation.

2. La conservation secrète d'informations personnelles

- Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les autorités publiques, dans le but de protéger la sécurité nationale, peuvent, à certaines conditions, collecter et conserver des renseignements tenus secrets sur des individus.
- Néanmoins, selon la Cour « la mémorisation dans un registre secret et la communication de données relatives à la 'vie privée' d'un individu entrent également dans le champ d'application de l'article 8 § 1 ».

Cour eur. dr. h., *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, 24 mai 2011, § 168.

- La Cour est en effet consciente des abus auxquels ces pratiques peuvent mener et elle constate qu'« un système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale crée un risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre ».

Cour eur. dr. h., *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 60.

- À cet égard, elle a considéré que « peut constituer une ingérence dans ces droits la crainte de surveillance secrète découlant de l'existence même d'une législation prévoyant des mesures de surveillance non-accompagnées par des garanties suffisantes contre les ingérences arbitraires dans la vie privée et la correspondance des personnes pouvant tomber sur son coup ».

Cour eur. dr. h., *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, 24 mai 2011, § 167.

- Peuvent notamment contribuer à limiter les risques d'arbitraire, les éléments suivants, qui étaient réunis dans l'affaire *Leander c. Suède*, précitée :
 - le fait que les informations collectées soient nécessaires afin de prévenir les « infractions contre la sécurité nationale »,
 - le fait que l'utilisation des renseignements issus des registres secrets soit limitée à certains domaines tels que la naturalisation et certains cas de poursuites pénales,
 - le fait que le contrôle de la bonne marche du système incombait au Parlement et à des institutions indépendantes,
 - *etc.*
- Au contraire, la Cour a conclu qu'une législation visant la collecte et l'archivage des données ne contenait pas les garanties nécessaires à la sauvegarde du droit à la vie privée des individus, lorsqu'elle n'indiquait pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré.

Cour eur. dr. h., *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, § 61.

- Viole aussi l'article 8 C.E.D.H. un système caractérisé par l'absence de garanties propres à assurer que les renseignements obtenus grâce à une surveillance secrète sont détruits dès qu'on n'en a plus besoin pour atteindre le but recherché (...) et qui a permis que les informations recueillies par les services de renseignements au sujet de l'intéressé soient conservés pendant seize ans, sans but de recherche spécifique, autre que la surveillance exploratoire générale.

Cour eur. dr. h., *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, 24 mai 2011, § 174.

3. L'inaccessibilité des données personnelles recueillies par l'État

- Le refus opposé par l'administration de donner à des individus un accès à des informations récoltées à leur sujet peut impliquer une violation de l'article 8 de la C.E.D.H.

Cour eur. dr. h., *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989 :

Viole l'article 8 de la C.E.D.H., le fait que la décision sur la question de savoir si un jeune homme de 18 ans pouvait ou non accéder aux informations sur son passé, contenues dans les dossiers détenus par les services sociaux, n'ait pas été confiée à une autorité indépendante en mesure de rechercher un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt général de la société (protection de la confidentialité des dossiers des services sociaux) et, d'autre part, les intérêts de l'individu (accès aux informations concernant sa vie privée).

Cour eur. dr. h., *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède*, 6 juin 2006, §§ 102-104 :

Ne viole pas l'article 8 C.E.D.H. le refus opposé à des individus par les autorités d'accéder à des informations détenues à leur sujet par la sûreté de l'État lorsque, comme en l'espèce, la lutte contre le terrorisme et, plus généralement, les intérêts de la sécurité nationale l'emportent sur l'intérêt des requérants à être informés sur le contenu des informations que possède la Sûreté de

l'État à leur égard.

« La Cour relève que, d'après la jurisprudence de la Convention, un refus d'accès intégral à un fichier de police secret au niveau national est nécessaire lorsque l'État peut légitimement craindre que la communication de telles informations risque de compromettre l'efficacité du système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale et à lutter contre le terrorisme (...). En l'espèce, les autorités administratives et judiciaires nationales impliquées ont toutes estimé qu'un accès intégral compromettrait la finalité du système. La Cour ne voit pas de raisons de conclure différemment.

En outre, eu égard à la jurisprudence issue de la Convention (...) et renvoyant à ses conclusions relatives à la qualité de la loi (...) et aux diverses garanties existant en droit national (...), la Cour tient pour établi que les garanties applicables répondent aux exigences de l'article 8 § 2.

À la lumière de ce qui précède, la Cour estime que l'État défendeur, eu égard à l'ample marge d'appréciation dont il dispose, est en droit de considérer que les intérêts de la sécurité nationale et de la lutte contre le terrorisme l'emportent sur les intérêts des requérants à être informés de l'intégralité des informations les concernant conservées dans les fichiers de la Sûreté ».

Cour eur. dr. h., *Haralambie c. Roumanie*, 27 octobre 2009 :

Violent l'article 8 C.E.D.H. le fait qu'un individu doit attendre plus de six ans pour pouvoir consulter les données personnelles que les anciens services secrets du régime communiste détenaient à son sujet, alors qu'une procédure pour l'accès à ces données a été organisée par la loi. Les défaillances du système d'archivage ou la masse de travail que représente le traitement des dossiers collectés par le régime communiste ne peut pas justifier un tel retard.

Voy. aussi :

Cour eur. dr. h., *Jarnea c. Roumanie*, 19 juillet 2011:

Cour eur. dr. h., *Antoneta Tudor c. Roumanie*, 24 septembre 2013.

- La non-communication par l'autorité d'informations sur les risques environnementaux peut emporter la violation de l'article 8 C.E.D.H.

Cour eur. dr. h., *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998

Violent le droit au respect de la vie privée et familiale le fait que l'administration n'ait pas communiqué aux riverains d'une usine chimique les informations essentielles qui leur auraient permis d'évaluer les risques pouvant résulter pour elles d'une grave pollution de l'environnement et les mesures à prendre en cas d'accident.

4. La divulgation, par l'autorité, de données à caractère personnel à des tiers ou au public
 - La fuite, dans les médias, d'informations collectées secrètement par l'autorité à propos d'un individu peut constituer une violation de l'article 8 même si les informations avaient été collectées légalement : l'autorité a le devoir d'assurer la confidentialité des informations personnelles qu'elle a obtenues.

Cour eur. dr. h., *Drakšas c. Lituanie*, 31 juillet 2012, § 60.

- La divulgation d'informations médicales est susceptible d'entraîner une violation de l'article 8 C.E.D.H.

Cour eur. dr. h., Z. c. Finlande, 25 février 1997, § 95 :

« Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général. Faute d'une telle protection, les personnes nécessitant des soins médicaux pourraient être dissuadées de fournir les informations à caractère personnel et intime nécessaires à la prescription du traitement approprié et même de consulter un médecin, ce qui pourrait mettre en danger leur santé voire, dans le cas des maladies transmissibles, celle de la collectivité (...). La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention ».

- Illustrations :

Cour eur. dr. h., Z. c. Finlande, 25 février 1997, § 113 :

Viole l'article 8 C.E.D.H., la divulgation de l'identité et de l'état de santé de la requérante (notamment concernant le fait qu'elle est atteinte du VIH) dans le cadre d'une procédure pénale relative à une agression sexuelle, dans la mesure où cette divulgation ne se justifiait par quelques motifs que ce soit.

Cour eur. dr. h., S. et Marper c. Royaume-Uni, 4 décembre 2008 :

Viole l'article 8 C.E.D.H. la conservation dans une banque de données, pour une durée indéterminée, des empreintes digitales et profils ADN des requérants après que la justice ait conclu à un acquittement et à un classement sans suite dans leur chef.

Cour eur. dr. h., Avilkina et autres c. Russie, 6 juin 2013 :

Dans le cadre d'une enquête concernant une association de témoins de Jéhovah, les autorités demandent aux hôpitaux de la ville de Saint-Petersbourg de signaler lorsqu'un témoin de Jéhovah refuse une transfusion sanguine. La Cour conclut à la violation de l'article 8 : la divulgation de ces informations médicales confidentielles ne répond pas à un besoin social impérieux et n'est pas proportionnée, dans la mesure où les requérants n'ont ni eu la possibilité d'introduire un recours contre cette mesure ni même été informé de celle-ci. D'ailleurs, le parquet disposait d'autres moyens pour donner suite aux plaintes qu'il avait reçues.

Cour eur. dr. h., Radu c. République de Moldova, 16 mai 2013 :

L'article 8 C.E.D.H. est violé par le fait qu'une école de police se renseigne auprès d'un hôpital sur les raisons de l'arrêt de travail d'une enseignante, alors que cette dernière avait fourni un certificat, et par le fait que l'hôpital communique les raisons de son hospitalisation et divulgue des informations sur son état de santé et sur le traitement qu'elle suivait (risque de fausse couche). En l'espèce, il manque une base légale suffisamment accessible et prévisible.

- Cependant, la protection de la confidentialité des données médicales peut parfois s'effacer devant un motif impérieux légitime tel que la nécessité d'enquêter sur des infractions pénales ou de protéger la publicité des procédures judiciaires.

- Illustrations :

Cour eur. dr. h., Yvonne Chave c. France, 9 juillet 1991 :

Le dossier médical de la requérante contient des informations sur son internement d'office en hôpital psychiatrique alors que cet internement a été jugé illégal par la suite. La Cour conclut néanmoins à l'irrecevabilité de la requête, car il existe des règles de confidentialité qui limitent l'accès au dossier en cause à des personnes limitativement énumérées.

Cour eur. dr. h., *Peruzzo et Martens c. Allemagne*, 4 juin 2013:

Les requérants estiment que leur droit à la vie privée est violé par les autorités allemandes car les juridictions nationales les ont condamnés à subir un prélèvement de matériel cellulaire (ADN) qui figurera dans une banque de données. La Cour estime que la mesure est proportionnée dans la mesure où elle est prévue par la loi, que les faits pour lesquels les requérants ont été condamnés sont graves et que dès lors « les mesures litigieuses ont constitué une ingérence proportionnée dans le droit des requérants au respect de leur vie privée ».

§§ 43 à 47 : « The Court refers in this context to its findings in *S. and Marper*, which concerned the retention of DNA records of two applicants who had not been convicted of a criminal offence. In that case the Court was struck by the blanket and indiscriminate nature of the power of retention of DNA records in England and Wales whereby the material could be retained without time-limits and irrespective of the nature or gravity of the offence or the personal circumstances of the individual involved. The Court notes that, however, the instant applications can be distinguished from the *S. and Marper* case under several aspects.

Firstly, the present cases deal with the taking, storing and retaining of DNA records obtained from persons who have been convicted of criminal offences. Furthermore, the Court observes that, pursuant to Article 81g § 1 of the Code of Criminal Procedure, DNA material can only be taken from persons convicted of an offence of a certain gravity or in the event the repeated commission of offences has reached a similar level of gravity and if, in addition, there are grounds to assume that criminal proceedings will have to be conducted against the convict in respect of similar offences in the future. In their assessment whether these requirements for an order to obtain DNA material are met, the domestic courts are obliged to take into account the circumstances of the particular case, the personality of the convict and have to provide reasons for their assumption that criminal proceedings will be conducted against the latter in respect of similar offences in the future.

Moreover, pursuant to the said provision any cellular material obtained may be used only for the purpose of establishing a DNA profile. The identity of the individual from whom the DNA sample has been obtained is not disclosed to the experts charged with drawing up the DNA profile who are furthermore under an obligation to take adequate measure with a view to preventing any unauthorised use of cellular material examined. The cellular material itself has to be destroyed without delay once it is no longer needed for the purpose of establishing the DNA profile. Only the DNA profiles extracted from such cellular material may be kept in the Federal Criminal Police Office's data base.

In addition, while there are no statutorily prescribed maximum time-limits for the storage of DNA profiles, the Federal Criminal Office is, however, obliged to review at regular intervals whether the continued storage of the data is still necessary for the performance of its task or otherwise to be deleted. The time-limit fixed for this purpose shall not exceed ten years with respect to adults while taking into account in each case the purpose for which the data had been stored as well as the nature and gravity of the circumstances of the case. The Court finds that in view of the fact that DNA profiles may only be obtained from convicts who have committed offences reaching a certain level of gravity, the said time-limit is not unreasonable. It further notes in this connection that the applicants have not contended that they would not have an opportunity to apply for the deletion of data stored on the ground that the statutory requirements for its retention are not or no longer met. A decision by the Federal Criminal Office refusing such request could be made subject to judicial review by the administrative courts in accordance with the general provisions of administrative procedural law.

Considering, moreover, that the DNA profiles retained may only be disclosed to the relevant authorities for the purposes of criminal proceedings, the preventive aversion of dangers and for international legal assistance in respect thereof (...), the Court is satisfied that Article 81g of the Code of the Criminal Procedure read in conjunction with the relevant provisions of the Federal Criminal Police Office Act provides for appropriate safeguards against blanket and indiscriminate

taking and retention of DNA samples and profiles as well as for adequate guarantees for an effective protection of retained personal data from misuse and abuse ».

5. Les fouilles corporelles

- Les fouilles corporelles constituent des ingérences de l'autorité dans la vie privée et sont susceptibles d'emporter des violations de l'article 8 C.E.D.H.
- Illustration : Cour. eur. dr. h., *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, 12 janvier 2010.

C. La surveillance et l'interception des communications

- La pratique des écoutes téléphoniques se heurte assez souvent à l'exigence d'une base légale accessible et prévisible.

Cour eur. dr. h., *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, §§ 33, 35 et 36 :

« Les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une "loi" d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner. (...) »

Surtout, le système n'offre pas pour le moment des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter. Par exemple, rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu; rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure; rien non plus ne précise les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignants les conversations interceptées, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge - qui ne peut guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales - et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe. Les renseignements donnés par le Gouvernement sur ces différents points révèlent au mieux l'existence d'une pratique, dépourvue de force contraignante en l'absence de texte ou de jurisprudence.

En résumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Il en allait encore davantage ainsi à l'époque des faits de la cause, de sorte que M. Kruslin n'a pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique (...). Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention ».

Voy. aussi :

Cour eur. dr. h., *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984 ;

Cour eur. dr. h., *Huvig c. France*, 24 avril 1990 ;

Cour eur. dr. h., *A. c. France*, 23 novembre 1993 ;

Cour eur. dr. h., *Khan c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000 ;

Cour eur. dr. h., *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001 ;

Cour eur. dr. h., *Taylor-Sabori c. Royaume-Uni*, 22 octobre 2002 ;

Cour eur. dr. h., *Vetter c. France*, 31 mai 2005 ;

Cour eur. dr. h., *Van Vondel c. Pays-Bas*, 25 octobre 2007.

- Même observation en ce qui concerne un dispositif d'interception des conversations tenues dans les parloirs avec les proches des détenus.

Cour eur. dr. h., *Wisse c. France*, 20 décembre 2005, § 33 :

« à l'instar des interceptions d'entretiens téléphoniques[1] ou des écoutes de conversations par le biais de la pose de micros[2], la loi sur laquelle [l'enregistrement] se fonde doit être 'prévisible' quant au sens et à la nature des mesures applicables. La Cour a constamment rappelé que les conditions qualitatives comprises dans les mots 'prévues par la loi' au sens de l'article 8 § 2 exigent l'accessibilité de la loi à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit (...). Parmi les 'sauvegardes adéquates' contre les abus à redouter figurent les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet d'une telle mesure et la nature des infractions pouvant y donner lieu doivent être définies ; le juge doit être astreint à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure ; doivent également être précisées les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations « écoutées », les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge et par la défense, ainsi que les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe (...). Or, d'une part, les articles 81, 151 et 152 du C.P.P ne contiennent pas de dispositions de cette nature et, d'autre part, cette lacune n'est pas adéquatement comblée par la jurisprudence (...) ».

- Lorsqu'une base juridique accessible et prévisible est disponible, encore faut-il que la mesure d'interception des communications soit jugée nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un des objectifs énumérés par l'article 8, § 2, C.E.D.H. (on pense en particulier à la volonté de prévenir ou de sanctionner des infractions).

Cour eur. dr. h., *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, § 47 :

« Si la Cour reconnaît que dans une société démocratique, l'existence de services de renseignements peut s'avérer légitime, elle rappelle que le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques ».

- Une surveillance générale ou exploratoire des individus n'est pas compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Cour eur. dr. h., *Drakšas c. Lituanie*, 31 juillet 2012, § 56 (*a contrario*).

- Un système d'interception des communications est en revanche compatible avec l'article 8 quand des garanties suffisantes sont présentes.

Cour eur. dr. h., *Klass c. Allemagne*, 6 septembre 1978, §§ 48 et 50 :

« Les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'État doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire. La Cour doit donc admettre que l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales »

« Quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Cette appréciation ne revêt qu'un caractère relatif : elle dépend de toutes les circonstances de la cause, par exemple la nature, l'étendue et la

durée des mesures éventuelles, les raisons requises pour les ordonner, les autorités compétentes pour les permettre, exécuter et contrôler, le type de recours fourni par le droit interne ».

Voy. aussi Cour eur. dr. h., *Kennedy c. Royaume-Uni*, 18 mai 2010.

- La Cour européenne des droits de l'homme admet plus facilement l'ingérence quand l'interception du courrier concerne les détenus.

Cour eur. dr. h., *Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983, § 98 :

« La Cour a aussi jugé qu'en recherchant si une ingérence dans l'exercice du droit d'un condamné détenu au respect de sa correspondance était "nécessaire" à la poursuite de l'un des buts énumérés à l'article 8 § 2, il y a lieu d'avoir égard aux exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement (...). Elle reconnaît en effet qu'un certain contrôle de la correspondance des détenus se recommande et ne se heurte pas en soi à la Convention ».

- Cela ne signifie cependant pas que la correspondance des détenus ne serait pas protégée par l'article 8 C.E.D.H. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi conclu à de nombreuses reprises à l'existence de violations dans ce contexte.

Cour eur. dr. h., *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975

Cour eur. dr. h., *Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983

Cour eur. dr. h., *Matwiejczuk c. Pologne*, 2 décembre 2003

Cour eur. dr. h., *Pisk-Piskowski c. Pologne*, 14 juin 2005

- La correspondance entretenue par le détenu avec son avocat ou avec les autorités judiciaires revêt une importance particulière, de sorte que la Cour européenne des droits de l'homme est plus sévère lorsqu'il s'agit d'admettre une ingérence dans ce domaine.

Cour eur. dr. h., *Campbell c. Royaume-Uni*, 25 mars 1992, § 48 :

« [L]es autorités pénitentiaires peuvent ouvrir la lettre d'un avocat à un détenu si elles ont des motifs plausibles de penser qu'il y figure un élément illicite non révélé par les moyens normaux de détection. Toutefois, elles ne doivent que la décacheter, sans la lire. Il y a lieu de fournir des garanties appropriées pour en empêcher la lecture, par exemple l'ouverture de l'enveloppe en présence du détenu. Quant à la lecture du courrier d'un détenu à destination ou en provenance d'un avocat, elle ne devrait être autorisée que dans des cas exceptionnels, si les autorités ont lieu de croire à un abus du privilège en ce que le contenu de la lettre menace la sécurité de l'établissement ou d'autrui ou revêt un caractère délictueux d'une autre manière. La "plausibilité" des motifs dépendra de l'ensemble des circonstances, mais elle présuppose des faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'on abuse de la voie privilégiée de communication ».

Voy. aussi Cour eur. dr. h., *Cotlet c. Roumanie*, 3 juin 2003 (entraves à la correspondance avec la Cour elle-même).

D. Les intrusions de l'autorité au sein du domicile

- Le domicile est en tant que tel protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les ingérences susceptibles d'entraîner une violation de cette disposition peuvent prendre plusieurs formes.

1. La destruction ou la détérioration du lieu de domicile

- La destruction ou la détérioration du domicile par les autorités, sans justification valable, constitue manifestement une violation de l'article 8 C.E.D.H.

Cour eur. dr. h., *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1998, § 88 :

« La Cour estime qu'il ne saurait faire de doute que l'incendie délibéré des maisons des requérants et de leur contenu constitue tout à la fois une grave ingérence dans le droit des intéressés au respect de leur vie familiale et de leur domicile et au respect de leurs biens. Le Gouvernement n'ayant avancé aucun argument pour justifier cette ingérence - il s'est borné à nier la participation des forces de sécurité aux incidents - la Cour ne peut que constater la violation de l'article 8 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1. Elle juge que les éléments recueillis par la Commission ne lui permettent pas de conclure dans un sens ou dans un autre sur l'allégation d'existence d'une pratique administrative contraire à ces articles ».

2. Les expropriations

- Même si l'expropriation peut avoir un effet sur la jouissance du domicile, c'est essentiellement à travers l'article 1^{er} du Protocole additionnel que cette matière est traitée par la Cour européenne des droits de l'homme.
- La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux États une grande latitude en fonction notamment des questions soulevées (politiques, économiques ou sociales).
- La Cour respecte la manière dont le législateur national conçoit les impératifs de l'utilité publique à moins que son jugement « se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable ».

Cour eur. dr. h., *James c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 46.

3. La pénétration au sein du domicile

- La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux États contractants la possibilité de recourir à des perquisitions de logements ou à la saisie de biens, notamment pour rechercher et collecter des preuves de certaines infractions.
- Bien entendu, ce type de mesures doit être justifié par l'un des motifs de l'article 8, § 2, C.E.D.H. (par exemple la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales) et doit être proportionné par rapport aux buts qu'il poursuit.
- En outre, la législation nationale doit fournir aux individus des « garanties adéquates suffisantes contre les abus ». La Cour sera donc particulièrement attentive à la condition de légalité de la procédure et s'assurera qu'elle contient suffisamment de garanties procédurales contre l'arbitraire. Pour satisfaire à cette exigence, le droit pénal des États contractants prévoit souvent la délivrance préalable d'un mandat de perquisition par une autorité judiciaire.

- Le fait que le droit national conditionne la perquisition à la délivrance d'un mandat judiciaire ne signifie toutefois pas nécessairement que la procédure est conforme à l'article 8 C.E.D.H.

Cour eur. dr. h., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 37 :

« le mandat était rédigé en termes larges : il ordonnait la recherche et la saisie de "documents", sans aucune limitation, révélant l'identité de l'auteur de la lettre offensive; ce point revêt une importance singulière lorsque, comme en Allemagne, la perquisition opérée au cabinet d'un avocat ne s'accompagne pas de garanties spéciales de procédure, telle la présence d'un observateur indépendant. Il y a plus: vu la nature des objets effectivement examinés, la fouille empiéta sur le secret professionnel à un degré qui se révèle disproportionné en l'occurrence; il convient de se rappeler à cet égard que dans le cas d'un avocat, pareille intrusion peut se répercuter sur la bonne administration de la justice et, partant, sur les droits garantis par l'article 6 (art. 6). De surcroît, la publicité qui entoura l'affaire doit avoir pu compromettre le renom du requérant, aux yeux de ses clients actuels comme du public en général ».

- Lorsque le droit national autorise des perquisitions sans mandat judiciaire, la jurisprudence exige des garanties procédurales d'autant plus solides.

Cour eur. dr. h., *Funke c. France*, 25 février 1993, § 57 :

À propos de perquisitions effectuées par des fonctionnaires des douanes au domicile du requérant afin de recueillir des informations sur les avoirs qu'il détient à l'étranger, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'« en l'absence surtout d'un mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi et soulignées par le Gouvernement apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits du requérant fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché ».

Voy. aussi Cour eur. dr. h., *Mialhe c. France*, 25 février 1993, § 38.

Cour eur. dr. h., *Camenzind c. Suisse*, 16 décembre 1997, §§ 45-46 :

« Les États contractants peuvent estimer nécessaire de recourir à des mesures telles les visites domiciliaires et les saisies pour établir la preuve matérielle de certaines infractions. La Cour contrôle alors la pertinence et la suffisance des motifs invoqués pour justifier celles-ci ainsi que le respect du principe de proportionnalité susmentionné (...). Quant à ce dernier point, elle est amenée, d'une part, à s'assurer que la législation et la pratique en la matière offrent aux individus des 'garanties adéquates et suffisantes contre les abus' ; nonobstant la marge d'appréciation qu'elle reconnaît en la matière aux États contractants, elle doit redoubler de vigilance lorsque, comme en l'espèce, le droit national habilite l'administration à prescrire et conduire une perquisition domiciliaire sans mandat judiciaire : la protection des individus contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par l'article 8 réclame un encadrement légal et une limitation des plus stricts de tels pouvoirs. La Cour examine, d'autre part, les circonstances particulières à chaque affaire afin de déterminer si, *in concreto*, l'ingérence litigieuse était proportionnée au but recherché.

(...)S'agissant des garanties instituées en la matière par le droit suisse, la Cour relève qu'aux termes de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 modifiée (...), une perquisition ne peut, sauf exception, avoir lieu qu'en vertu d'un mandat écrit de certains hauts fonctionnaires limitativement énumérés (...) et ne peut être exécutée que par des fonctionnaires spécialement formés à cet effet (...) ; tous sont tenus de se récuser lorsqu'il existe certaines circonstances de nature à affecter leur impartialité (...). Elle ne peut concerner des 'logements et autres locaux' que 's'il est probable que l'inculpé s'y dissimule ou s'il s'y trouve des objets ou valeurs soumis au séquestre ou des traces de l'infraction' (...), et ne peut avoir lieu le dimanche, les jours de fêtes générales et de nuit que pour les 'affaires importantes et en cas de danger

imminent' (...). Dès le début de la perquisition, le fonctionnaire enquêteur justifie de sa qualité et informe l'occupant des locaux du motif de celle-ci. Ce dernier, ou en son absence un parent ou une personne du ménage, est appelé à y assister. Un officier public est également en principe présent avec mission de veiller 'à ce que l'opération ne s'écarte pas de son but'. Un procès-verbal est dressé immédiatement en présence de ceux qui y ont assisté, lesquels, à leur demande, en reçoivent une copie ainsi que du mandat (...). Par ailleurs, la perquisition visant des papiers fait l'objet de restrictions spéciales (...). De plus, l'inculpé bénéficie, 'en tout état de la cause', de l'assistance d'un avocat (...); quiconque est atteint par un 'acte d'enquête' et a 'un intérêt digne de protection à ce qu'il y ait annulation ou modification' de celui-ci, dispose d'un recours devant la chambre d'accusation du Tribunal fédéral (...). Enfin, en cas de non-lieu, l'inculpé a la faculté de demander une indemnité pour les préjudices qu'il a subis (...).

Quant aux conditions dans lesquelles la perquisition litigieuse se déroula, la Cour note que c'est à la demande de M. Camenzind qu'elle fut effectuée par un seul fonctionnaire (...). Elle eut lieu en présence du requérant et après que celui-ci eut pu consulter le dossier de son affaire et téléphoner à un avocat (...). Elle dura certes près de deux heures et porta sur toute la maison, mais le fonctionnaire enquêteur se borna à vérifier les téléphones et téléviseurs; il ne fouilla aucun meuble, ne consulta aucun document et ne procéda à aucune saisie (...).

- Dans le cadre du test de proportionnalité, la gravité des infractions qui constituent l'enjeu de la perquisition est prise en considération. Par exemple, le fait que l'autorité cherche à lutter contre le terrorisme peut inciter la Cour européenne des droits de l'homme à admettre certaines ingérences.

Cour eur. dr. h., *Murray c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1994, §§ 91-92.

« Le présent arrêt s'est déjà référé à la responsabilité d'un gouvernement élu, dans une société démocratique, en matière de protection du citoyen et de ses institutions contre les menaces posées par le terrorisme organisé, ainsi qu'aux problèmes spéciaux associés à l'arrestation et à la détention de personnes soupçonnées d'infractions liées au terrorisme (...). Ces deux éléments influent sur le juste équilibre qu'il y a lieu de ménager entre l'exercice par l'individu du droit que lui garantit le paragraphe 1 de l'article 8 et la nécessité pour l'État, au regard du paragraphe 2, de prendre des mesures efficaces pour prévenir la criminalité terroriste (...).

Les tribunaux internes ont estimé que Mme Murray avait été véritablement et sincèrement soupçonnée d'avoir commis une infraction liée au terrorisme (...). La Cour européenne, pour sa part, a jugé, au vu des éléments dont elle disposait, que lesdits soupçons pouvaient passer pour plausibles aux fins de l'alinéa c) de l'article 5 par. 1 (...). Elle admet qu'il y avait en principe une nécessité, tant de créer des pouvoirs du genre de ceux conférés par l'article 14 de la loi de 1978 que, dans le cas d'espèce, de pénétrer dans le domicile de la famille Murray et d'y perquisitionner afin d'arrêter Mme Murray ».

4. La protection insuffisante du cadre de vie

- L'article 8 C.E.D.H. oblige aussi les autorités à veiller au cadre de vie des individus et à lutter contre les nuisances excessives qui peuvent affecter leur lieu de domicile.

Cour eur. dr. h., *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, spéc. § 58 :

L'affaire concerne l'installation d'une station d'épuration dans le voisinage de l'intéressée, station qui émet des odeurs pestilentielles ainsi que des bruits répétitifs et dégage des polluants susceptibles d'altérer la santé de l'intéressée et des membres de sa famille. Viole l'article 8, le fait que les autorités n'ont pas ménagé « un juste équilibre entre l'intérêt du bien-être économique de la ville de Lorca – celui de disposer d'une station d'épuration – et la jouissance effective par la requérante du droit au respect de son domicile et de sa vie privée et familiale ».

- Dans cette perspective, les autorités sont amenées à tenir compte d'objectifs d'intérêt général qui peuvent éventuellement primer sur les droits individuels.

Cour eur. dr. h., *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, § 98 :

« L'article 8 peut trouver à s'appliquer dans les affaires d'environnement, que la pollution soit directement causée par l'État ou que la responsabilité de ce dernier découle de l'absence de réglementation adéquate de l'industrie privée. Que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive, à la charge de l'État, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1 de l'article 8, ou sous celui d'une ingérence d'une autorité publique à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention. En outre, même pour les obligations positives résultant du paragraphe 1, les objectifs énumérés au paragraphe 2 peuvent jouer un certain rôle dans la recherche de l'équilibre voulu (...) ».

En l'espèce, la Cour a considéré à propos des nuisances liées au bruit généré par les avions aux alentours de l'aéroport de Heathrow que « les autorités n'ont pas dépassé leur marge d'appréciation dans la recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, le droit des personnes touchées par la réglementation litigieuse à voir respecter leur vie privée et leur domicile, et, d'autre part, les intérêts concurrents d'autrui et de la société dans son ensemble » (§129).